

MARCELO VASCONCELOS DIAS

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO:
prognóstico no Supremo Tribunal Federal e suas repercussões**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Profº. Humberto Fernandes

BRASÍLIA

2010

A Deus e à Nossa Senhora por tornarem os meus sonhos realidades.

Ao meu pai Custódio por servir de inspiração em todos os momentos de minha vida, e por estar sempre ao meu lado, me ajudando a levantar de todos os obstáculos com força e determinação, fazendo de mim a pessoa que hoje sou.

À minha mãe Lucimar por me ajudar a ser um filho, um homem e um profissional melhor. À ela fonte de amor incondicional minha eterna gratidão.

Às advogadas da minha vida Juliana, namorada, e Mariana, irmã, por compartilharem seus conhecimentos jurídicos, estarem sempre à disposição e despender auxílios na elaboração desta monografia.

Agradeço a todos àqueles estiveram ao meu lado na elaboração desta monografia, amigos, familiares, professores, especialmente o Professor Humberto Fernandes que me ajudou na elaboração desta monografia e esteve sempre disponível para elucidar as dúvidas que por ventura aparecessem.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo Regimental

Art. – Artigo

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

HC – Habeas Corpus

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

[Tema] Monografia de conclusão de curso em Direito Penal com o objetivo primordial de debater a existência da possibilidade ou não de conferir ao Ministério Público, de forma direta, o poder investigatório criminal. [Metodologia] Nessa pesquisa será utilizado o método dedutivo, o qual utiliza busca jurisprudencial, doutrinária e legal. O enfoque será à luz da doutrina pátria, consubstanciada nos posicionamentos dos mais conceituados doutrinadores, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além do ordenamento jurídico constitucional, legal e infralegal que tratam sobre a temática em tela. [RESULTADO] Na primeira parte do trabalho serão explanados os argumentos favoráveis e contrários que fomentam as respectivas correntes doutrinárias. Por conseguinte, a segunda parte trará os mais novos entendimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos esparsos, quanto à temática em tela. Para finalizar, a partir dos entendimentos expostos pela Corte Suprema, será elaborado um prognóstico com o intuito de antever qual será o posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, e debater as principais repercussões geradas por este posicionamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Público; Direito Penal; Ministério Público; Investigação Criminal; Art. 129, da Constituição Federal; Teoria dos Poderes Implícitos; Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; Prognóstico; Repercussões geradas.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	4
INTRODUÇÃO	7
1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	9
1.1 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS RELACIONADOS À INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.	9
1.1.1 Argumentos contrários.....	9
1.1.1.1 Argumentos de ordem legal.....	9
1.1.1.1.1 Constituição Federal.....	9
1.1.1.2 Argumentos de ordem dogmática	12
1.1.1.2.1 Desrespeito ao Princípio Devido Processo Legal	12
1.1.1.2.2 Ferimento ao Princípio da Igualdade de Armas	18
1.1.1.3 Argumentos de Ordem Prática	19
1.1.1.3.1 Parcialidade das investigações	20
1.1.1.3.2 Ausência do Controle Externo	21
1.1.2 Argumentos a favor.....	24
1.1.3 Argumentos de ordem legal	24
1.1.3.1 Constituição Federal.....	24
1.1.3.1.1 Teoria dos poderes implícitos.....	25
1.1.3.1.2 Interpretação sistemática	26
1.1.3.2 Código de Processo Penal	37
1.1.3.2.1 Artigo 4º do Código de Processo Penal.....	37
1.1.3.2.2 Artigo 47 do Código de Processo Penal	40
2 A JURISPRUDÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	42
2.1 APRECIÇÃO DOS POSICIONAMENTOS DE CADA MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	43
3 PROGNÓSTICO DO TEMA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS REPERCUSSÕES	54
3.1 ARGUMENTOS LEVANTADOS PELOS MINISTROS DO STF E UMA BREVE COMPARAÇÃO COM A DOUTRINA PÁTRIA	56
3.2 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DO ENTENDIMENTO FAVORÁVEL DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO PODER INVESTIGATÓRIO DIRETO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	59
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia tem como escopo avaliar se o Ministério Público detém ou não o poder investigatório criminal, e se este pode ser realizado de forma direta. A problemática que surge na análise desta temática é a possibilidade de um órgão, Ministério Público, ser o titular da ação penal e proceder também a investigação criminal a *motu proprio*, ou seja, o mesmo órgão que tem a atribuição de acusar pode investigar?

A investigação criminal tem como objetivo apurar as infrações penais, de forma a encontrar as circunstâncias, os motivos do crime e principalmente os indícios de autoria e de materialidade para subsidiar a formação da *opinio delicti* do Ministério Público e embasar a devida ação penal. Também funciona como um filtro processual, de forma que condutas supostamente caracterizadas como ilegais, mas desprovidas dos mínimos requisitos jurídicos, venham a movimentar toda a máquina pública, obedecendo assim aos princípios da economicidade e da eficiência. Assim, para que haja uma efetiva prestação jurisdicional na seara penal é imprescindível uma investigação criminal competente e imparcial.

Destarte, a temática dessa monografia merece ser destacada visto que a doutrina e a jurisprudência pátria ainda não convergiram num posicionamento consolidado.

A relevância atual do tema trata-se da recente alteração na composição do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em função do falecimento do Ministro Menezes Direito e a admissão legal do Ministro Dias Toffoli. Será que haverá algum reflexo no tema em comento?

No primeiro capítulo, analisar-se-á as correntes doutrinárias que afirmam posicionamento sobre a temática. Assim, exporá os principais argumentos que servem de alicerce para as doutrinas favoráveis e contrárias a investigação criminal direta pelo órgão ministerial.

Em seguida, no capítulo segundo será exposto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, obtida através dos mais modernos julgamentos esparsos, de forma a expor os fundamentos dos posicionamentos de cada Ministro.

Por fim, no terceiro capítulo produzir-se-á um prognóstico em relação à posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Assim, observando o prognóstico produzido, irá analisar quais são as principais repercussões advindas de um posicionamento favorável ou desfavorável à investigação criminal pelo órgão ministerial.

Nessa pesquisa será utilizado o método dedutivo, o qual utiliza busca jurisprudencial, doutrinária e legal. O enfoque será a luz da doutrina pátria, consubstanciada nos posicionamentos dos mais conceituados doutrinadores, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além do ordenamento jurídico constitucional, legal e infralegal que tratam sobre a temática em tela.

1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1 Análise dos argumentos relacionados à investigação do Ministério Público.

Este tópico terá como escopo a exposição dicotômica dos argumentos, ou seja, os entendimentos favoráveis e contrários a investigação criminal pelo *Parquet*, vista sob a ótica exclusivamente doutrinária. Primeiramente serão expostos os argumentos tendentes a impugnação da investigação ministerial e posteriormente os favoráveis ao procedimento investigatório em comento.

1.1.1 Argumentos contrários

Assim, para solidificar melhor os argumentos exarados pela doutrina que impugna a investigação criminal direta pelo Ministério Público e transformá-los num conteúdo mais didático ir-se-á dividi-lo quanto à ordem legal, dogmática e prática, conforme veremos a seguir¹.

1.1.1.1 Argumentos de ordem legal

Os argumentos de ordem legal balizar-se-ão principalmente pela interpretação doutrinária dos dispositivos constitucionais que visam inviabilizar as investigações ministeriais por considerá-las atentatórias ao ordenamento constitucional brasileiro vigente.

1.1.1.1.1 Constituição Federal

¹ Divisão seguida por Mauro Fonseca Andrade.

Por ser a fonte principal de inspiração para os que defendem a impossibilidade do Ministério Público realizar diretamente as investigações criminais, valem da transcrição de trechos do artigo 144 da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

(...)

IV - polícias civis;

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(...)

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares ².

O texto constitucional supramencionado traz em seu bojo como atribuição da Polícia Federal “exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União” e das Polícias Civis exercer “ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares” ³.

Assim, quando a Constituição Federal tratou do tema segurança pública dedicou-se a elencar os órgãos que a compõe e também determinar as competências que seriam entregues para eles desempenharem. Desta forma, as polícias federal e civil tradicionalmente se dedicam à investigação criminal ⁴.

² BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 1988.

³ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 150.

⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.100.

A corrente que defende a impossibilidade da investigação direta pelo Ministério Público usa como primordial argumento este dispositivo constitucional sob a ótica interpretativa literal ou gramatical. Assim, entende que o monopólio da investigação criminal deve concentrar, com exclusividade, nas mãos dos Delegados de Polícia, retirando qualquer possibilidade do Ministério Público realizá-la diretamente.

Aliado a esta corrente está Guilherme de Souza Nucci, que expõe:

Assim, é inegável que, respeitadas as normas em vigor, cabe à polícia, primordialmente, essa tarefa, ao menos no que tange, de maneira direta, à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Esse é o expresso conteúdo do art. 144, caput, da Constituição. (...) Dispondo sobre a função de cada um desses órgãos do Estado, a Constituição Federal atribuiu à polícia judiciária a missão de investigar e apurar a infração penal, descobrindo seu(s) autor (es). Aliás, mais expresso seria impossível: A polícia federal, (...), destina-se a: (...) IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” (art. 144, §1º, IV, grifo nosso). Ora, o que significa ser “polícia judiciária” senão a atividade estatal investigatória, destinada a colher elementos suficientes para instruir o inquérito policial, base de apoio à formação do convencimento do órgão do Ministério Público para, encontrando justa causa, propor a ação penal? ⁵

A controvérsia que urge, quanto à compreensão deste inciso, é no tocante a forma de interpretação utilizada. Assim, parte da doutrina que defende a impossibilidade da investigação alega que o inciso em comento deve ser analisado à luz de uma interpretação gramatical. Deste modo, o Ministério Público estaria impedido de realizar a investigação criminal direta, pois não há previsão expressa neste inciso conferindo tal prerrogativa. Destarte, a competência do Ministério Público somente será, segundo esta interpretação, a de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **A Investigação Criminal e a Atuação do Ministério Público**. Universitária: Revista do curso de mestrado em direito - v.4 n.1 jul. / 2004.

Assim sendo, se os Membros do *Parquet* realizarem procedimentos investigatórios estariam usurpando a função pública das polícias judiciárias e incorrendo na prática delituosa do artigo 328 do Código Penal Brasileiro⁶. Entretanto, é imperioso ressaltar que quanto à tipificação exarada por esta corrente trata-se de uma espécie delitiva praticada somente por particulares, não havendo assim qualquer crime na investigação criminal realizada pelos Membros do *Parquet*, pois são realizadas por funcionários públicos⁷.

Resumindo, para esta corrente não há permissivo legal que invista o Ministério Público na função de investigação criminal, de forma que tal função seria exclusivamente exercida pelas polícias federal e civil por expressa previsão legal do artigo 144 da Constituição Federal.

1.1.1.2 Argumentos de ordem dogmática

Na ordem dogmática, ir-se-á expor os argumentos apontados pela doutrina que ferem aos princípios do devido processo legal e da igualdade das armas, vigentes no ordenamento pátrio. Destarte, observa-se que os motivos exarados inviabilizariam a investigação criminal direta pelo Ministério Público.

1.1.1.2.1 Desrespeito ao Princípio Devido Processo Legal

Além dos argumentos sustentados pela interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, é importante registrar também os argumentos de ordem principiológica em que a investigação criminal pelo *Parquet* ofenderia o princípio do devido processo legal.

⁶ Art. 328, Código Penal Brasileiro. Usurpar o exercício de função pública: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa

⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 102.

O devido processo legal é exposto por Ada Pellegrini Grinover:

Acompanhando as tendências atuais, o novo processo penal latino-americano não se satisfaz em salientar e reforçar a cláusula do devido processo legal, por intermédio de uma série de garantias que caracterizam direitos públicos subjetivos das partes; mas ainda lhe empresta a conotação de definição objetiva e política de um processo justo (*fair trial*). De um lado, portanto, encontra-se a enunciação clara e destacada das garantias do acusado, traduzindo a concepção básica de que a imposição da sanção punitiva deve ser necessariamente precedida por um processo em que o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio, assegurada a efetiva paridade de armas; e, de outro lado, fica patente, por outras garantias, que o justo processo existe como fator legitimante do próprio exercício da jurisdição⁸.

O devido processo legal é uma garantia de que os procedimentos que têm como escopo a privação da liberdade ou de bens devem ser precedidos de um rito e de uma forma preestabelecida em lei, de forma que qualquer ato praticado fora destes parâmetros fere o princípio em comento, tornando-o ilegal.

Assim, tendo conceituado o princípio do devido processo legal, pode-se avançar na tese que afirma que a concessão do poder investigatório ao Ministério Público fere o princípio do devido processo legal conforme os três argumentos elaborados por René Ariel Dotti, a seguir expostos.

O primeiro argumento está embasado na ausência de previsão legal na seara federal que legitime o Ministério Público a realizar o procedimento investigatório criminal. Ademais, também há a ausência de um diploma legal em nosso ordenamento jurídico que regulamente o procedimento em comento, ou seja, o prazo de encerramento da investigação, o controle sobre os atos do Ministério Público e sobre o exercício da ampla defesa pelo

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.209.

investigado, a garantia da publicidade da investigação e os casos em que deveriam admitir a decretação de sigilo ⁹.

O segundo argumento é fundamentado no confronto entre a investigação criminal e as previsões constitucionais, isto é, a tese, já explanada anteriormente, sobre a exclusividade investigatória da polícia judiciária ¹⁰.

Finalmente, o terceiro argumento sustenta-se na tese de que afronta o Princípio da Igualdade de Armas entre o investigador e o investigado ¹¹.

Fixados os pontos que fundamentam esta tese, ir-se-á a seguir expor argumentos que impugnam tal posicionamento, mostrando que a investigação criminal realizada pelo *Parquet* não fere o princípio constitucional do devido processo legal.

A ausência de previsão legal alegada pela corrente doutrinária desfavorável à legitimação do Ministério Público encontra sim respaldo constitucional, não em sua forma expressa, mas sim de forma implícita. Quando o artigo 129 da Constituição Federal confere as funções ministeriais, ele a faz na forma exemplificativa, ou seja, outras funções podem ser conferidas ao Ministério Público desde que “compatíveis com a sua finalidade”, tal como exige o artigo 129, inciso IX da Constituição Federal.

⁹ DOTTI, René Ariel. **O Desafio da Investigação Criminal**. Boletim IBCCrim. São Paulo, maio de 2004. A.12, n.138, p.8.

¹⁰ DOTTI, René Ariel. **O Desafio da Investigação Criminal**. Boletim IBCCrim. São Paulo, maio de 2004. A.12, n.138, p.8.

¹¹ DOTTI, René Ariel. **O Desafio da Investigação Criminal**. Boletim IBCCrim. São Paulo, maio de 2004. A.12, n.138, p.8.

Existem hipóteses de investigações criminais realizada pelos membros do *Parquet* fundamentadas em dispositivos legais que a autorizem, exemplo disso são o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e a Lei Complementar 75 de 1993, como observar-se-á a seguir.

O Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a investigação ministerial de forma expressa no artigo 201, inciso VI, alínea “b”, o qual confere ao *Parquet* a promoção de diligências investigatórias, e no inciso VII deste mesmo dispositivo, *ipsis litteris*:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

(...)

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

(...)

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

(...)

VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude.¹²

Mauro Fonseca Andrade expõe seu entendimento quanto ao inciso VII:

O inciso VII está direcionado à apuração de “ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude”. E, neste contexto, o legislador foi claro ao descrever quais as condutas que poderiam tomar o Ministério Público para que restassem apurados tais ilícitos, quais sejam, determinar a instauração de inquérito policial, requisitar a prática de diligências investigatórias que se darão no corpo de uma investigação que, via de regra, será policial, ou então instaurar, ele mesmo, sua própria investigação criminal, a quem o legislador tratou de batizar com o nome de “sindicância”¹³.

¹² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 13 de julho de 1.990.

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 200.

No Estatuto do Idoso observa-se a verdadeira investigação criminal instaurada pelo Ministério Público ¹⁴, assim, tal permissivo encontra-se expressamente disposto no artigo 74, incisos V e VI, *ipsis litteris*:

Art. 74. Compete ao Ministério Público:

(...)

V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:

a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;

VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso ¹⁵.

Quando na ocorrência de ilícitos ou infrações atentatórias às normas de proteção ao idoso, o inciso VI confere poder discricionário ao Ministério Público para a adoção três procedimentos distintos, quais sejam: requisitar a instauração de inquérito policial, requisitar a prática de diligências investigatórias no regular andamento do inquérito policial, ou ainda instaurar sua própria sindicância.

Finalmente, quanto a Lei Complementar 75/1993, existe duas hipóteses de investigação ministerial: as sindicâncias correcionais e a investigação criminal realizada pelo Procurador Geral da República, respectivamente prevista em seus artigos 65, inciso II e artigo 18, inciso II, letra “f”, e parágrafo único, *ipsis litteris*:

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

¹⁴ SOUSA, Cláudio Calo. “Estatuto do Idoso”, **o Poder investigatório do Parquet e o conceito de infração Penal de Menor Potencial Ofensivo (Brevíssimas Considerações)**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, 2005, v. 8, n.29, p. 288-289.

¹⁵ BRASIL. **Estatuto do Idoso**, 1º de outubro de 2.003.

(...)

II - processuais:

(...)

f) não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

(...)

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

(...)

Art. 65. Compete ao Corregedor-Geral do Ministério Público Federal:

(...)

II - realizar, de ofício, ou por determinação do Procurador-Geral ou do Conselho Superior, correições e sindicâncias, apresentando os respectivos relatórios.¹⁶

A investigação realizada pelo Chefe do Ministério Público ocorre quando o membro do *Parquet* está presente no pólo passivo de um processo criminal por ter cometido alguma infração penal no exercício de suas funções ¹⁷.

Comprovada a previsão legal que confere a legitimidade ao Ministério Público para investigação criminal direta, resta agora analisar a ausência de regulamentação da investigação ministerial.

Os Ministérios Públicos da União e dos Estados regulamentaram administrativamente, através de resoluções, todas as etapas da investigação criminal que fossem realizadas por eles, batizando-as com o nome de Procedimento Investigatório Criminal. Isto demonstra que o *Parquet* estava atento à necessidade de criar mecanismos de controle sobre os

¹⁶ BRASIL, **Lei Complementar nº. 75**, 20 de maio de 2.003.

¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 199.

seus atos investigatórios. Ademais, todos os pontos referidos por Dotti estão devidamente cumpridos, de forma a não romper com o princípio do devido processo legal ¹⁸.

Assim, mesmo que estas regulamentações sofram questionamento judicial, entende-se que as questões levantadas por Dotti podem ser facilmente contornadas, sem que haja violação ao princípio do devido processo legal, pois a investigação criminal pelo Ministério Público está em conformidade com as regras aplicáveis à investigação criminal realizada pela polícia judiciária, ou seja, observam os mesmo requisitos exigidos para a instauração dos inquéritos policiais, para a realização de determinados atos de apuração e a forma como se dará a publicidade ou segredo da investigação, que serão expostos em capítulo próprio ¹⁹.

Diante de tais argumentos, não há como prosperar a tese de violação ao princípio do devido processo legal, pois a investigação ministerial observa todas as regras aplicáveis à investigação criminal realizada pela polícia judiciária, ou seja, não há qualquer prejuízo para o sujeito submetido às investigações criminais realizadas pelo Ministério Público, logo, seriam as mesmas aplicadas caso fossem realizada pelo polícia judiciária ²⁰.

1.1.1.2.2 Ferimento ao Princípio da Igualdade de Armas

O princípio da igualdade de armas parte da premissa de que no processo penal há uma paridade de forças entre os sujeitos do pólo passivo e ativo da persecução penal ²¹.

¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 139.

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 141.

²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 141.

²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 118.

Assim, quando é realizada a investigação ministerial surge um desequilíbrio nesta equação, de forma que o investigado/processado estaria em franca desvantagem diante do *Parquet*, pois os poderes disponíveis à acusação pública seriam extraordinariamente superiores aos do sujeito passivo da investigação. Ademais, além desta desvantagem há ainda as diferenças de ordem social, econômica e culturais dos investigados que na prática os colocam mais uma vez em posição desfavorável em relação ao órgão ministerial, refletindo diretamente no exercício da ampla defesa do investigado ²².

Exposta a tese, é imprescindível argumentá-la à luz da doutrina favorável a investigação ministerial que expõe que na fase pré-processual ocorrem desigualdades para ambos os lados, sendo que a situação estatal de desvantagem somente é equilibrada com a investigação criminal, a qual reúne todos os recursos possíveis para a descoberta da autoria e materialidade do fato delituoso ²³.

Nesse diapasão, expõe Mauro Fonseca Andrade:

Em síntese, não se afigura correto afirmar que a investigação criminal realizada pelo Ministério Público de alguma maneira fere o Princípio de igualdades de armas, pelo simples fato de que é da própria natureza do processo penal haver um desequilíbrio de forças entre investigado/acusado e investigador/acusador ao longo de toda a persecução penal ²⁴.

1.1.1.3 Argumentos de Ordem Prática

Ordem prática são argumentos apontados pela doutrina que têm como escopo impugnar as investigações ministeriais, não por óbice ao ordenamento jurídico e nem a

²² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.118.

²³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.122.

²⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.122.

princípios, mas sim por inviabilizar os procedimentos investigatórios por motivos extralegais, quais sejam, a parcialidade das investigações, a tradição do inquérito policial e esvaziamento das delegacias de polícia, a falta de estrutura do ministério público e ausência do controle externo, a seguir expostos.

1.1.1.3.1 Parcialidade das investigações

A problemática que surge quanto à parcialidade das investigações advém de uma parte da doutrina que entende que a legitimação investigatória do Ministério Público trará parcialidade nestes procedimentos investigatórios, ou seja, o *Parquet*, ao adotar um determinado ponto de vista, conduzirá o rumo da investigação para colher somente elementos que venham a fundamentar a sua futura ação penal, não se importando tanto com os elementos de interesse do investigado ²⁵.

Contrapondo a esta tese, observa-se não ser o melhor argumento a fim de inviabilizar a investigação ministerial, visto que qualquer ente que detenha a legitimidade investigatória pode incorrer no risco de parcialidade na condução das investigações, isto é, seja feita pela polícia judiciária, pelo legislador investigador, pelo Ministério Público ou pelo juiz instrutor ²⁶.

Assim, a parcialidade nas investigações ministeriais não merece credibilidade no meio científico, pois o risco da parcialidade está ligado intrinsecamente com o poder investigatório, ou seja, qualquer pessoa que detenha este poder poderá recair na parcialidade,

²⁵ FRAGOSO, José Carlos. **São ilegais os “Procedimentos Investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Jan./Mar. 2002, a 10, n. 37, p. 242. MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. **O Ministério Público e o Inquérito Policial**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, jun./set. 1997, n. 19, p.106.

²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.152.

como já dito anteriormente. Portanto, esse argumento não tem o poder de obstaculizar a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público.

1.1.1.3.2 Ausência do Controle Externo

O conceito do controle externo da atividade policial pode ser definido como um conjunto de normas que disciplinam as relações entre o Ministério Público e a polícia com o objetivo de fiscalizar a atividade investigativa, garantido assim a legalidade dos atos, os direitos fundamentais e a eficiência do material colhido para a formação da *opinio delicti* ²⁷.

O controle externo tem a função primordial de exercer o sistema de freios e contrapesos, consagrado pela Constituição Federal, que tem o objetivo de fiscalização, evitando a exorbitância por parte de um órgão, e conferindo a segurança que o Estado Democrático de Direito necessita ²⁸.

O controle externo da atividade policial exercida pelo Órgão Ministerial, não se trata de controle *interna corporis*, ou seja, não tem o escopo de analisar os atos administrativos disciplinares dos servidores policiais, como se corregedor fosse. O real objeto do controle externo é a fiscalização da atividade fim policial, isto é, fiscalizar a investigação policial, de forma a determinar quais diligências são imprescindíveis para a formação da sua *opinio delicti* ²⁹.

²⁷ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. **Investigação Direta pelo Ministério Público, Incompatibilidade com o Processo Penal**. Editora Letra Legal, Rio de Janeiro, 2006. p. 26.

²⁸ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. **Investigação Direta pelo Ministério Público, Incompatibilidade com o Processo Penal**. Editora Letra Legal, Rio de Janeiro, 2006. p. 28.

²⁹ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Editora Lumen juris, Rio de Janeiro, 2003, p.187.

A União regulamenta o assunto por meio da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que em seu capítulo III, trata do controle externo da atividade policial, *ipsis litteris*:

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:
I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
V - promover a ação penal por abuso de poder ³⁰.

Na leitura do inciso VII do artigo 129 da Constituição Federal, o constituinte não discriminou sobre qual polícia, civil ou militar, estaria submetida ao controle externo, de forma que não cabe ao intérprete discriminar. Destarte, tanto as polícias civis quanto a militares devem sofrer o controle externo pelo *Parquet*, quando desenvolverem atividades voltadas para a persecução penal. Ressalta-se ainda que no âmbito federal, o controle será praticado pelo Ministério Público Federal sobre as atividades da Polícia Federal ³¹.

Diante de tais proposições surge um questionamento, se o Ministério Público exercesse a função investigativa criminal quem seria responsável pelo controle externo deste procedimento? Sabidamente não seria o próprio órgão ministerial, pois não haveria controle externo, mas sim um autocontrole ³².

³⁰ BRASIL, **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993.

³¹ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Editora Lumen juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 189 e 190.

³² GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. **Investigação Direta pelo Ministério Público, Incompatibilidade com o Processo Penal**. Editora Letra Legal, Rio de Janeiro, 2006. p. 34.

O controle externo das atividades ministeriais é realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Desta forma, compete-o realizar um controle intenso e rigoroso sobre todos os atos praticados pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, podendo inclusive operar *ex officio* ³³.

Destarte, tendo como pressuposto que a natureza jurídica da investigação ministerial é meramente administrativa, então o Conselho Nacional do Ministério Público tem competência direta, fazendo as vias de controle externo, com fulcro no inciso II do art. 130-A da Constituição Federal, *ipsis litteris*: ³⁴

Art. 130 (...)

(...)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas ³⁵.

Ademais, não só o controle externo sobre as investigações criminais é competência do Conselho, mas também o controle sobre os atos dos membros do *Parquet*, manifestado dentro e fora de suas atividades funcionais, conforme o inciso III do mesmo diploma legal: ³⁶

Art. 130 (...)

(...)

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar

³³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.172.

³⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 173.

³⁵ BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 1988.

³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 173.

processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa ³⁷.

Diante do exposto, o controle externo sobre os atos dos membros do *Parquet* existe e é realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, dito isso, a corrente que afirma que inexistente controle externo mostra-se completamente incabível. Assim sendo, não há como impugnar a investigação criminal por este prisma.

1.1.2 Argumentos a favor

Expostos os argumentos desfavoráveis a investigação criminal, dedicar-se-á neste tópico a exarar os argumentos apontados pela doutrina nacional como favoráveis à investigação criminal direta pelo Ministério Público. Será utilizada a mesma divisão exposta nos tópicos anteriores para uma melhor compreensão didática da temática.

1.1.3 Argumentos de ordem legal

A ordem legal apontada pela doutrina que confere a função investigatória ao Ministério Público é basicamente a interpretação de dispositivos constitucionais e processuais penais, conforme veremos a seguir.

1.1.3.1 Constituição Federal

Analisando a Constituição Federal é imperioso ressaltar, sob a ótica da corrente doutrinária que defende a legitimidade do Ministério Público na realização de investigações criminais, a interpretação dada aos dispositivos constitucionais e mencionar a teoria dos poderes implícitos, ambos legitimadores de pretensão em epígrafe.

³⁷ BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 1988.

1.1.3.1.1 Teoria dos poderes implícitos

Em contraposição ao entendimento a respeito de falta de previsão legal para a investigação criminal pelo Ministério Público, tem-se a teoria dos poderes implícitos que será aplicada quando o constituinte concede a determinado órgão uma função, com natureza de atividade fim, e em decorrência disto estará implicitamente concedendo-lhe os meios imprescindíveis para alcançar este objetivo, ou seja, o *munus* constitucional que lhe foi atribuído³⁸.

Alexandre de Moraes leciona que:

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* -, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal³⁹.

Sedimentando ainda mais o conceito da teoria dos poderes implícitos é conveniente transcrever a lição de Ministro Celso de Mello:

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELO CAETANO ("Direito Constitucional", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional – e não aos processos de elaboração legislativa -

³⁸ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p.174.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.p 553-554.

assinala que, ‘Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos’.

Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional - consoante adverte CASTRO NUNES (Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 641/650, 1943, Forense) - deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, tais como expressamente relacionadas no art. 129 da Constituição da República.⁴⁰

Assim, por tudo que foi elencado acima, a teoria dos poderes implícitos constitui um dos argumentos mais fortes na luta pela constitucionalidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público, pois dá a verdadeira interpretação no conflito de normas dos art. 129 e 144 da Constituição Federal.

1.1.3.1.2 Interpretação sistemática

A possibilidade jurídica da investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público subsiste primordialmente com a interpretação teleológica e sistemática dos artigos 129 e 144 da Constituição Federal, e não com a simples interpretação gramatical ou literal, conforme ensina Damásio de E. Jesus⁴¹:

O que mais interessa à segurança pública, dever do Estado e direito dos cidadãos (art. 144, caput, da CF)? Sem dúvida que, quanto mais forem os órgãos a se dedicarem ao combate à criminalidade, mais próximos estaremos do ideal constitucional (interpretação teleológica). De ver-se, ainda, que o art. 129 da CF, além de conferir ao MP o exercício da ação penal pública, concede-lhe a prerrogativa de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua

⁴⁰ HC 94.173, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 Divulgação 26-11-2009 Publicação 27-11-2009 Ementa Volume-02384-02 PP-00336.

⁴¹ JESUS, Damásio E. de. **Poderes investigatórios do Ministério Público**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>. Acesso em: 07.10.2009.

competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (interpretação sistemática) ⁴².

Torna-se imperioso mostrar que, conforme entendimento de Alexandre de Moraes, as normas constitucionais devem sempre ser interpretadas, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características políticas, históricas, ideológicas do momento, descobrir-se-á o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítica-econômica e almejando sua plena eficácia ⁴³.

Destarte, a hermenêutica jurídica deve se balizar, sempre, em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e não na interpretação singular de um preceito legal.

Nesse diapasão, alude Carlos Maximiliano:

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito Objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio ⁴⁴.

Partindo da premissa de que entre dispositivos constitucionais não pode haver hierarquia, só resta concluir que têm de conviverem, harmonicamente, os art. 129 e 144 da Constituição: o primeiro legitimando o *Parquet* como titular da ação penal de iniciativa pública, com as consequências disto decorrentes; o segundo organizando, dentre as polícias, as atribuições para as investigações que porventura lhe forem acometidas, é o que veremos a seguir ⁴⁵.

⁴² JESUS, Damásio E. de. **Poderes investigatórios do Ministério Público**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>. Acesso em: 07.10.2009.

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.10.

⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p.165.

⁴⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004 p.166 e 167.

Contudo, sem embargo ao argumento ora apresentado, como já visto anteriormente, o ordenamento jurídico deve ser interpretado com regras hermenêuticas. Assim, entende-se que o dispositivo não faz nada mais do que organizar, dentre a estrutura policial brasileira, a atribuição investigatória ⁴⁶.

Analisando o art. 144, com atenção especial aos parágrafos 1º, inciso IV e 4º, tem-se que o preceito constitucional tão somente repartiu atribuições investigatórias entre as Polícias, excluindo da Polícia Civil a atribuição para investigar os crimes de competência da Justiça Federal, por ressaltar-lhes à investigação da Polícia Federal. Assim, este dispositivo não tem o condão de retirar a legitimidade investigatória do Ministério Público, visto que esta decorre do art. 129 da Constituição Federal, a tecer considerações no tópico subsequente.

Os ensinamentos de Vicente Greco Filho são no sentido de que:

O Art. 144, §1º, IV da Constituição Federal atribui à Polícia Federal a competência para exercer com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. O mesmo art., em seu §4º, atribui às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, a incumbência das funções de polícia judiciária, em geral, e a apuração das infrações penais, ressalvadas as infrações militares e a competência da União. Exceto o caso da Polícia Federal quanto à Polícia Judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o de não-exclusividade, ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é do interesse público. A lei pode atribuir funções investigatórias a outros organismos, como acontece com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº35) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº8.625/93), que instituíram sistemas especiais de apuração de infrações penais de crimes praticados por magistrados ou membros do Ministério Público, respectivamente ⁴⁷.

Nessa linha interpretativa aduz Zani Cajueiro Tobias de Souza:

⁴⁶ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 155.

⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 92-93.

Cotejando tal parágrafo com os incisos I e IV do mesmo artigo, verifica-se que a exclusividade é tão somente para atos de Polícia Judiciária, ou seja, para as ordens emanadas pelo Poder Judiciário para o cumprimento dos agentes da lei como nos mandados de busca e apreensão, perícias, prisões e etc. A apuração de infrações penais, lado outro, é possível por diversas outras instituições (art. 4º CPP). Como bem asseveram Mirabete e, lembrando Tourinho Filho, Sérgio Demoro Hamilton, há exemplos na Lei de Falências, art. 103 e SS; nas já referidas CPI's; Lei nº 4.771/65, art. 33, b; art.43, do Regimento do STF; crimes contra a saúde pública, em determinadas infrações ocorridas nas áreas alfandegárias, em que as autoridades administrativas ficam revestidas de poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia, nos inquéritos administrativos instaurados no objetivo de apurar falta funcional, no inquérito policial militar, isto sem mencionar as investigações conduzidas pelo ESPEI/RF e BACEN/DECIF⁴⁸.

Neste diapasão, o entendimento de Júlio Fabbrine Mirabete:

De acordo com a Constituição Federal, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícias de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as 'funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares' (art. 144, §4). (...) Dispõe a Constituição Federal que é função institucional do Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial (...). Deverá ser regulada a fiscalização da Polícia Judiciária, não em todas as suas atividades, pois não se permitem pelos dispositivos citados poderes gerais de tutela, nem ascendência hierárquica ou disciplinar do Ministério Público sobre as Polícias Civil ou Militar (...) Esse controle externo deve se orientar no sentido de se verificar se estão sendo corretamente apurados os fatos materiais e empregados os métodos legais para a sua completa elucidação (...). Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da Polícia Judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º do CPP). Não ficou estabelecida na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da polícia judiciária em relação às Polícias Cíveis estaduais. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinaram as leis orgânicas estaduais. (...) Pode, inclusive, intervir no inquérito policial em face da demora em sua conclusão e pedidos reiterados de dilação de prazos, pois o '*Parquet*' goza de poderes investigatórios e de auxílio a autoridade policial⁴⁹.

Resumindo, o art. 144 da Constituição Federal tem a finalidade de delimitar as atribuições investigatórias de Polícias, de modo a não haver sobreposição entre as atividades

⁴⁸ SOUZA, Zani Cajueiro Tobias de. **O papel do Ministério Público na investigação criminal**. Disponível em: http://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm. Acesso em: 05/10/2009.

⁴⁹ MIRABETI, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001, p.75.

próprias de cada uma delas. Ademais, pela interpretação do dispositivo não fica evidenciado a exclusão da possibilidade jurídica de que outros órgãos investiguem as infrações penais ⁵⁰.

As funções institucionais do órgão ministerial estão dispostas artigo 129 da Constituição Federal. Assim, vale transcrever parcialmente os dispositivos que legitimam a ação investigatória patrocinada diretamente pelo *Parquet*, *ipsis litteris*:

Art. 129, CF. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas ⁵¹.

Os dispositivos evidenciados conferem os fundamentos jurídico-constitucionais à legitimidade ministerial da investigação criminal, senão vejamos.

O inciso I, confere, com exclusividade, ao Ministério Público a legitimidade de promover a ação penal de iniciativa pública. O exercício da ação penal pública é obrigatório, de forma a constituir um poder-dever conferido ao *Parquet*, de exigir do Estado-juiz a devida prestação jurisdicional a fim de que satisfaça a pretensão acusatória estatal. Tal obrigatoriedade surge quando restam presentes elementos mínimos, ou seja, os pressupostos processuais e as

⁵⁰ JESUS, Damásio E. de. **Poderes investigatórios do Ministério Público**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>. Acesso em: 07.10.2009.

⁵¹ BRASIL, **Constituição Federal**. 05 de Outubro de 1988.

condições da ação, que viabilizam ⁵² o exercício da ação penal, de modo a cumprir o seu *munus* constitucional.

Assim, faz-se necessário que o órgão ministerial tenha o poder de colher os meios de que necessite para a formar o sua *opinio delicti* ⁵³. Destarte, não teria razão que este diploma legal concedesse o direito de ação, mas não desse os meios necessários para o seu ajuizamento pleno ⁵⁴.

Aliado a este entendimento está Marcelo Lessa Bastos:

Não se pode conceber que o órgão privativamente legitimado ao exercício da ação penal, ação esta que é obrigatória, possa ficar refém da autoridade policial e, se por fás ou por nefas, esta não lhe municia dos elementos necessários ao exercício da demanda penal, possa ter o cumprimento de sua obrigação constitucional obstaculizada ⁵⁵.

Marcellus Polastri Lima entende que a coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delicti* não está o adstrito às investigações da Polícia Judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal ⁵⁶.

E continua:

⁵² RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Editora Lumen juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 177.

⁵³ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 155.

⁵⁴ MOREIRA, Rômulo Andrade. **O mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal e a investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12453>>, Acesso em 13.10.2009.

⁵⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 167.

⁵⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 88.

Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, colhendo declarações e requisitando provas necessárias para formar sua *opinio delicti*”⁵⁷.

Neste diapasão, o entendimento de Afrânio Silva Jardim:

Ora, se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal pública (art. 129, inc. I, da CF), e se a atividade de Polícia Judiciária, concretizada no inquérito policial, é que irá aparelhar o *Parquet* para oferecer sua denúncia, é até mesmo intuitivo que o promotor de justiça deva dispor de mecanismo técnico-jurídicos que permitam exercer plenamente a sua atribuição-fim, qual seja, instaurar a *presecutio criminis in judicio*. Não estivesse expresso na Constituição e na legislação ordinária, de qualquer sorte tratar-se-ia dos chamados poderes implícitos⁵⁸.

Quanto ao inciso VI, a Carta Magna confere ao *Parquet* o poder de expedir notificação e requisitar informações e documentos nos procedimentos administrativos de sua competência.

Surge um questionamento quanto à extensão material de tal inciso, isto é, sua aplicabilidade se dá na esfera cível e penal? Paulo Rangel entende que quando o constituinte expõe “nos procedimentos administrativos de sua competência”, torna evidente que são em todos aqueles inerentes às suas funções, ou seja, no âmbito cível e penal⁵⁹.

Aliado a este entendimento está Hugo Nigro Mazzilli que leciona:

No inciso VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*: se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inciso III... Mas o

⁵⁷ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 88.

⁵⁸ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.327.

⁵⁹ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Editora Lumen juris, Rio de Janeiro, 2003, p.18.

poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais ⁶⁰.

Portanto, analisando este inciso surge mais uma indagação, feita por Rômulo de Andrade Moreira: para que serviriam tais notificações ou as informações e os documentos requisitados se não fossem para instruir procedimentos investigatórios? ⁶¹

A resposta para tal inquirição será dada por Sérgio Demoro Hamilton: “Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requisitar e notificar (art. 129, VI) defere-lhe, *ipso facto*, o poder de investigar, no qual aquelas atribuições se subsumem” ⁶².

Há, ainda, uma tese de interpretação deste inciso o qual afirma que se trata de regulamentação dos poderes conferidos ao *Parquet* para investigar no âmbito do inquérito civil, tese esta não abraçada no entendimento de Mauro Fonseca de Andrade, por três motivos ⁶³.

O primeiro motivo, à luz da lógica no pensamento do legislador constituinte, é que o inquérito civil tem previsão constitucional no inciso III, do art. 129. Assim, para tratar-se de regulamentação, imprescindivelmente teria que estar previsto no inciso imediatamente subsequente, isto é, no inciso IV e não a três incisos mais adiante, que nada tem a ver com o inquérito civil, quais sejam, a promoção das ações de inconstitucionalidade ou representações

⁶⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 72.

⁶¹ MOREIRA, Rômulo Andrade. **O mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal e a investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12453>>, Acesso em 13.10.2009.

⁶² HAMILTON Sérgio Demoro. **Temas de processo penal**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, p. 215.

⁶³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.187.

para intervenção federal e estadual (inc. IV), e a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (inc. V) ⁶⁴.

O segundo motivo é que não haveria necessidade do legislador constituinte usar o inciso IV para regulamentar o inquérito civil, haja vista que a constituição não se destina a regulamentar qualquer poder nela previsto, isto é, a regulamentação deve se dar por lei infraconstitucional e não advir do próprio texto constitucional ⁶⁵.

Finalmente o terceiro motivo é que o inquérito civil possui regulamentação na Lei 7.347/85, ou seja, anterior a promulgação do texto constitucional que é de 1988. Ademais, tal lei foi recepcionada junto ao novo ordenamento jurídico pátrio, de forma que não haveria qualquer motivo para o constituinte regulamentar essa matéria no texto constitucional, haja vista já haver regulamentação dessa matéria na seara infraconstitucional ⁶⁶.

Diante dos argumentos expostos, não há como sustentar a tese de que o inciso IV trata-se de regulamentação do inquérito civil, mas sim que tal inciso foi redigido para propiciar ao *Parquet* os meios necessários para realizar investigações distintas do inquérito civil, sempre que houver recebido autorização legal para tanto, conforme leciona Mauro de Fonseca Andrade ⁶⁷.

⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.187.

⁶⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.187.

⁶⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.187.

⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.187.

O inciso VII entrega ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, assim o constituinte observou que o destinatário imediato da investigação criminal feita pela Polícia é o órgão ministerial,⁶⁸ pois este busca garantir a legalidade e a eficiência da investigação criminal com a finalidade de dar bom andamento a fase preliminar⁶⁹.

Nesse diapasão, Zani Cajueiro Tobias de Souza expõe que “O Ministério Público é o destinatário final do inquérito policial, assim é obvio que, de forma concorrente, também tem legitimidade para proceder à investigação criminal”⁷⁰.

Ademais, assevera Zani Cajueiro Tobias de Souza:

A previsão expressa do controle, no art. 129, inciso VII, da CR, não pode servir como suposta amarra aos poderes investigatórios do Parquet, fundamentando equivocado raciocínio de que, nos casos onde há corrupção policial, e tão somente nestes, poderia o MP investigar. São atribuições distintas as de controlar e as de investigar⁷¹.

Quanto ao inciso VIII, requisitar significa, em sentido jurídico, mandar fazer ou deixar de fazer algo, ou seja, uma ordem, desde que não manifestamente ilegal. Assim, quem pode mandar fazer, implicitamente, pode fazer aquilo que pode mandar. *A contrarium sensu*, não haveria qualquer sentido mandar fazer aquilo que, por meios próprios, não se pode obter. Dessa

⁶⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 169.

⁶⁹ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. **Investigação Direta pelo Ministério Público, Incompatibilidade com o Processo Penal**. Editora Letra Legal, Rio de Janeiro, 2006. p. 31.

⁷⁰ SOUZA, Zani Cajueiro Tobias de. **O papel do Ministério Público na investigação criminal**. Disponível em: [HTTP://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm](http://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm). Acesso em: 05/10/2009.

⁷¹ SOUZA, Zani Cajueiro Tobias de. **O papel do Ministério Público na investigação criminal**. Disponível em: [HTTP://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm](http://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm). Acesso em: 05/10/2009.

forma, esta premissa também é justificada pela Teoria dos poderes implícitos, como já asseverado anteriormente ⁷².

Entretanto, com alusão ao princípio da interpretação efetiva, também conhecido como princípio da eficiência, segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”, ⁷³ ao ser objeto de interpretação deste inciso depreende-se que se o Ministério Público pode o mais, ou seja, requisitar diligência investigatórias, então consequentemente pode o menos, isto é, realizá-las *motu proprio* ⁷⁴.

Diante de tais considerações, torna-se de mediana clareza que a tese da interpretação gramatical não deve ser acatada por ir de encontro à teoria dos poderes implícitos. Assim, para uma interpretação mais efetiva, ou seja, quando se tratar de concessão de direitos a sociedade, as normas devem ser analisadas de forma mais ampla e não restringido sua eficácia.

Finalmente, o inciso IX, que concede o exercício de outras funções compatíveis com as finalidades do *Parquet*, torna o rol de funções em exemplificativo. Assim, vislumbra-se a possibilidade jurídica de instaurar procedimentos administrativos investigatórios, como veremos adiante ⁷⁵.

Nesse diapasão, expõe Zani Cajueiro Tobias de Souza:

⁷² BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 170.

⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., 2002, p. 1.210.

⁷⁴ MOREIRA, Rômulo Andrade. **O mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal e a investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12453>>, Acesso em 13.10.2009.

⁷⁵ MOREIRA, Rômulo Andrade. **O mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal e a investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12453>>, Acesso em 13.10.2009.

É de meridiana clareza que o artigo em tela não possui rol taxativo, mas tão somente enumerativo. Tanto é assim que em seu art. IX expressamente prevê a possibilidade do exercício e “outras funções que lhe forem conferidas”. Exemplo de tais funções conferidas por legislação hierarquicamente inferior é justamente a realização, e não mera requisição, de inspeções e diligências investigatórias ⁷⁶.

Corroborando com a lição supramencionada, cabe ressaltar que a possibilidade do exercício de outras funções pelo Ministério Público somente deverá ser conferida através de lei infraconstitucional.

1.1.3.2 Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal regula em todo o Título II do seu Livro I a atividade exercida pela polícia judiciária e a elaboração do inquérito policial⁷⁷, ou seja, o instrumento jurídico onde o procedimento investigatório materializa-se com o escopo de subsidiar elementos, tais como autoria e a materialidade, para a propositura da ação penal em face do agente praticante da conduta criminosa.

Entretanto, o código em comento autoriza que outras autoridades administrativas detenham a função investigatória para apuração de fatos delituosos. Isto resta comprovado com a simples leitura dos dispositivos atinentes ao artigo 4º e 47 do Código de Processo Penal.

1.1.3.2.1 Artigo 4º do Código de Processo Penal

O artigo 4º, *caput* do Código de Processo Penal, incumbe à polícia judiciária a apuração de infrações penais e da sua autoria. No entanto, o parágrafo único deste mesmo dispositivo autoriza a investidura do poder investigatório criminal a outras autoridades

⁷⁶ SOUZA, Zani Cajueiro Tobias de. **O papel do Ministério Público na investigação criminal**. Disponível em: [HTTP://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm](http://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm). Acesso em: 05/10/2009.

⁷⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.203.

administrativas, mostrando que é possível compartilhá-la, afastando assim a exclusividade investigatória da polícia judiciária ⁷⁸.

Diante deste artigo, surgem divergências doutrinárias quanto a real interpretação deste dispositivo normativo. Desta forma, expor-se-á os três entendimentos doutrinários que estão no bojo desta problemática.

A primeira interpretação assevera que o parágrafo único do art. 4º teria sido derogado ante ao exposto no artigo 144, §4º da Constituição Federal, fundamentando esta premissa na exclusividade da função investigatória criminal imposta à polícia judiciária ⁷⁹.

A segunda interpretação doutrinária afirma que o parágrafo único do art. 4º foi legalmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e alude ainda que este dispositivo por si só tem legitimidade para conferir ao Ministério Público a investigação criminal de toda e qualquer conduta delituosa ⁸⁰.

Finalmente, o terceiro entendimento é o de que realmente houve o instituto da recepção do artigo em comento pela Constituição Federal, no entanto, expõe que a eficácia desta norma deveria ser mais restritiva, isto é, não legitimaria o Ministério Público a investigação de todo e qualquer crime, mas, excepcionalmente, conferir-se-ia ao *Parquet* a investigação criminal

⁷⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 03 de outubro de 1941.

⁷⁹CALVANO, Alberto. **O monopólio investigatório na Constituição de 1988**. Disponível em: <www.policiacivil.rj.gov.br/corregedoria/pareceres_corregedoria/monopolio.htm>. Acesso em 06.01.2004
CORTIZO SOBRINHO, Raymundo. Novo enfoque sobre a inconstitucionalidade da investigação criminal do Ministério Público Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 09.11.2009.

⁸⁰ SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; Araújo, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. **A investigação criminal direta pelo Ministério Público**. Boletim IBCCrim, Jurisprudência Comentada. São Paulo, mai. 1998, n. 66, p.252.

de atos delituosos que tenham permissivo legal, garantindo este procedimento pelo órgão ministerial⁸¹.

Analisando criticamente a primeira interpretação exposta, observa-se que não existe exclusividade investigatória da polícia judiciária, de forma que esta pretensão já fora afastada anteriormente na interpretação sistemática do artigo 144 da Constituição Federal. Além do mais, a exclusividade já não mais suscita questionamentos no meio jurídico-científico, haja vista que a recepção do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal já foi declarada incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.517, que questionou a constitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.034/95 ⁸².

Quanto a segunda e terceira interpretações do parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, observa-se que a investigação criminal direta pelos membros do *Parquet* resta procedente, de forma que é oportuno analisar o grau de eficácia desta norma, isto é, se a investigação ministerial serviria para todos os crimes, conforme preconiza a segunda interpretação, ou somente aqueles onde haja previsão legal para que o Ministério Público investigue.

O grau de eficiência da norma foi analisado no magistério de Mauro Fonseca Andrade, que expõe:

Atualmente o Ministério Público está legitimado por lei a investigar em âmbito criminal, satisfazendo, assim, a exigência do parágrafo único do art. 4º do CPP, ainda que a referida legitimidade investigatória esteja restrita aos casos previstos

⁸¹ VIEIRA, Luis Guilherme. **O Ministério Público e a Investigação Criminal**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2004, n. 15, p.40.

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.203.

em leis especiais. E, o que se mostra mais importante, tanto a Constituição Federal quanto ao próprio Código de Processo Penal, claramente não impõem qualquer condição ou restrição que impeça o *Parquet* de vir a investigar qualquer infração penal, ao contrário do que é defendido por um restrito segmento doutrinal, que pretende condicionar toda e qualquer investigação criminal, diversa da investigação policial, a “*hipóteses absolutamente excepcionais*”⁸³.

1.1.3.2.2 Artigo 47 do Código de Processo Penal

O artigo 47⁸⁴ do Código de Processo Penal é outro dispositivo legal que tem o condão de legitimar o Ministério Público na função investigativa criminal, porém vinculado ao inquérito policial deficitário, ou seja, uma vez concluído o procedimento investigatório policial, e demonstrada a insatisfação do *Parquet* quanto as investigações realizadas, o órgão ministerial, mediante requisição, deverá instruir os procedimentos investigatórios que entender necessário a fim de que tenha em suas mãos todos os elementos possíveis para formar a sua *opinio delicti* e subsidiar a devida ação penal, se for o caso.

Existe outra limitação que ocorre neste poder investigatório que consiste no fato de que somente as requisições serão endereçadas a funcionários e autoridades, isto é, somente dentro da esfera do poder público. Importante salientar que esse procedimento não encontra vinculação à autoridade policial, de forma que ela retome a investigação nos pontos requisitados pelo *Parquet*⁸⁵.

Mauro Fonseca de Andrade leciona que:

⁸³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.205.

⁸⁴ Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessário maiores esclarecimento e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

⁸⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.205.

O que nos chama a atenção em tal dispositivo é que o poder investigatório do Ministério Público se manifesta dentro de um inquérito policial, e não, em uma investigação iniciada por ele mesmo. Mais que isso, entendeu o legislador que diante de um trabalho não realizado a contento pelo polícia judiciária, poderá ela ser substituída por outro órgão investigador, que se encarregará de dar seguimento à apuração da infração penal que é objeto de um inquérito policial. Portanto, o art. 47 do CPP parece funcionar como um mecanismo de controle, por parte do Ministério Público, em relação ao trabalho investigatório realizado pela polícia judiciária⁸⁶.

Expostos e analisados os argumentos doutrinários, tanto os favoráveis quanto os contrários, relacionados à investigação criminal direta pelo Ministério Público, a seguir, ir-se-á expor a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à temática em tela, de forma a deixar claro o posicionamento de cada Ministro e evidenciar os argumentos que o balizaram.

⁸⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006. p.206.

2 A JURISPRUDÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A legalidade do poder investigatório do Ministério Público na seara criminal fora argüida anteriormente perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, entretanto, somente o posicionamento das turmas foi firmado, de forma que não há até o presente momento uma decisão plenária sobre o tema desta monografia. Ainda merece ser ressaltado que a complexidade do tema gera posicionamentos divergentes nas turmas do Supremo, ou seja, a legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público é entendida por elas como sendo ora favorável e ora contrário, conforme se observa nas seguintes ementas de acórdãos:

2. Inquirição de autoridade administrativa. Ilegitimidade. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido.⁸⁷

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. (...) 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 81.326, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 06/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00142 EMENTA VOLUME-02117-42 PP-08973.

informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus ⁸⁸.

A temática da capacidade investigatória do Ministério Público foi levada pela primeira vez ao pleno do Supremo Tribunal Federal pelo Inquérito nº 1.968 – DF, porém não foi proferida qualquer decisão acerca do assunto devido a perda do foro por prerrogativa de função do indiciado Remy Abreu Trinta, pois foi extinto o seu mandato de Deputado Federal no interstício em que o Ministro Cezar Peluso pediu vista dos autos.

É com base na divergência de posicionamento emanado pela Suprema Corte que a seguir irá se analisar cuidadosamente os votos de todos os eméritos Ministros do Supremo Tribunal Federal para que no próximo capítulo possa-se formular um prognóstico quanto ao futuro e definitivo entendimento desse tema perante o plenário desta Corte Suprema.

2.1 Apreciação dos posicionamentos de cada ministro do Supremo Tribunal Federal

O entendimento mais moderno expedido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a investigação criminal direta pelo Ministério Público sobreveio da Colenda Segunda Turma em voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello nos acórdãos: HC nº 94.173/BA; HC nº 87.610/SC e HC nº 90.099/RS, todos datados de 27 de outubro de 2009.

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 91.661, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 Divulgação 02-04-2009 Publicação 03-04-2009 Ementa Volume-02355-02 PP-00279 RMDPPP v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 339-347.

O conteúdo evidenciado nestes brilhantes Acórdãos gira em torno essencialmente da possibilidade jurídica do *Parquet* realizar sua investigação criminal de forma direta. Destarte, os principais pontos destes acórdãos serão a seguir aludidos.

O Ministro Celso de Mello afirma que não há óbice a apresentação da denúncia na ausência do inquérito policial quando o Ministério Público detém evidências de materialidade do fato delituoso e indícios de autoria, conforme já pacificamente consubstanciado no HC 77.770/SC do Relator Ministro Néri da Silveira, *in verbis*:

Com apoio no art. 129 e incisos, da Constituição Federal, o Ministério Público poderá proceder de forma ampla, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito. Dispondo o promotor de elementos para o oferecimento da denúncia, poderá prescindir do inquérito policial, haja vista que o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa⁸⁹.

Inicialmente esse entendimento faz as vias de entrada para a possibilidade da investigação criminal pelo *Parquet*, pois, conforme visto, a promoção da ação penal não está vinculada ao inquérito policial, de forma que se o Ministério Público detiver indícios de autoria e materialidade, isso por si só subsidia a devida ação penal.

Outro ponto tratado no voto do Ministro Celso de Mello é o seu entendimento quanto à instauração direta da investigação criminal pelo Ministério Público. Esse posicionamento consubstancia-se na interpretação do artigo 129, inciso IX, da Lei Fundamental da República, à luz da Teoria dos poderes implícitos, conforme os trechos do seu voto a seguir aludidos:

⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 77.770, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 07/12/1998, DJ 03-03-2000 PP-00062 Ementa Volume-01981-04 PP-00670.

Entendo, por isso mesmo, que o poder de investigação, sede penal, também compõe o complexo de funções institucionais do Ministério Público, pois esse poder se acha instrumentalmente vocacionado a tonar efetivo o exercício, por essa instituição, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas, em norma expressa, pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público.

Impede considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (Carlos Maximiliano, “Hermeneutica e Aplicação do Direito”, p. 312, item n. XI, ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso “McCULLOCH v. MARYLAND” (1819) – enfatiza que a outorga de competências expressas a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Há que se registrar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de Marcello Caetano (“Direito Constitucional”, vol. II/12-13, item n.9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional, assinala que, “Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos”.

Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte Castro Nunes (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, assim, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, como a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Ministério Público, tais como expressamente relacionadas no art. 129 da Constituição da República. É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a instauração, pelo próprio Ministério Público, de investigação penal, atribuição que lhe é reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, e que permite, ao Ministério Público, adotar as medidas necessárias tanto ao fiel cumprimento de suas funções institucionais quanto ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República⁹⁰.

O Ministro Celso de Mello ressalta ainda em seu voto que todos os órgãos que tenham a competência constitucional de proceder à investigação criminal, tanto a polícia judiciária quanto o Ministério Público, têm que observar as limitações que incidem sobre o

⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 94.173, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 Divulgação 26-11-2009 Publicação 27-11-2009 Ementa Volume-02384-02 PP-00336.

Estado, em questão de persecução penal, ou seja, eles não podem desrespeitar as garantias jurídicas que assistem aos suspeitos e aos indiciados, de forma que estes não podem ser mais vistos sob a ótica de meros objetos de investigação, mas como sujeitos de direitos ⁹¹.

Último ponto tratado no acórdão do Ministro Celso de Mello e não menos importante que os demais, consubstancia-se na principal tese que apóia a doutrina contrária a investigação criminal pelo *Parquet*, isto é, o Ministério Público não pode proceder a investigação criminal, pois segundo o artigo 144, §1º, IV e §4º da Constituição Federal, a competência de proceder as investigações em âmbito penal é de monopólio da Polícia Judiciária. O Ministro repudia o entendimento desta corrente e afirma que:

Não me convence, de outro lado, a objeção, que, fundada no art. 144, §1º e §4º da Constituição da República, pretende conferir, aos organismos policiais, o monopólio das investigações penais em nosso sistema jurídico.

Devo registrar, neste ponto, que a cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, §1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

Vale referir, por necessário, a propósito da questão pertinente aos organismos policiais estruturados no âmbito local, que incube, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e executada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

Mostra-se importante assinalar, nessa linha de pensamento, que a instituição policial, qualquer que seja a dimensão política em que se ache estruturada (quer no âmbito da União, que no âmbito dos Estados-membros), não detém, em nosso sistema normativo, o monopólio da competência investigatória em matéria penal, pois – tal como observa BRUNO CALABRICH (“Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais”, p. 103/104, item n. 3.4, 2007, RT), apoiando-se, para tanto, em registro feito por Luciano Feldens e Lenio Streck – o ordenamento constitucional não impede que outros órgãos estatais, diversos da Polícia, promovam, por direito próprio, em suas

⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 90.099, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 Divulgação 03-12-2009 Publicação 04-12-2009 Ementa Volume-02385-03 PP-00472, p. 22.

respectivas áreas de atribuição , atos de investigação destinados a viabilizar a apuração e a colheita de provas concernentes a determinado fato que atinja valores jurídicos postos sob a imediata tutela de referidos organismos públicos, independentemente de estes posicionarem-se nos domínios institucionais do Poder Executivo ou do Poder Legislativo ⁹².

Após todas as considerações elencadas no voto do Ministro Celso de Mello, a Colenda Segunda Turma votou unanimemente junto ao voto do Ministro Relator, como se pode evidenciar nas seguintes decisões dos HC nº 94.173/BA; HC nº 87.610/SC e HC nº 90.099/RS:

A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 27.10.2009.⁹³

Diante da supramencionada decisão é possível aferir que o Ministro Relator Celso de Mello e os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa filiam-se a corrente favorável a investigação criminal pelo *Parquet*.

Outro recente entendimento sobre a temática em tela foi exposto pela Ministra Ellen Gracie que defende a tese perante o Supremo Tribunal Federal que o *Parquet* tem legitimidade para proceder, de forma direta, as investigações criminais na esfera penal. O seu posicionamento foi firmado no voto que proferiu ao julgar o HC 96.276 – AgR/SP, datado de 10 de março de 2009. A seguir, destacar-se-á o argumento que motivou a Ministra a se coligar a tese de legitimidade investigatória criminal do Ministério Público.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 90.099, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 Divulgação 03-12-2009 Publicação 04-12-2009 Ementa Volume-02385-03 PP-00472, p.36 – 38.

⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 94.173, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 Divulgação 26-11-2009 Publicação 27-11-2009 Ementa Volume-02384-02 PP-00336; HC 87.610, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 Divulgação 03-12-2009 Publicação 04-12-2009 Ementa Volume-02385-02 PP-00387; e HC 90.099, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 Divulgação 03-12-2009 Publicação 04-12-2009 Ementa Volume-02385-03 PP-00472, p.36 – 38.

O entendimento da Ministra consubstancia-se na harmonia que deve ser aplicada aos artigos 129 e 144, da Constituição Federal, aplicando o instituto da hermenêutica constitucional, mais precisamente a teoria dos poderes implícitos, *in verbis*:

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia judiciária as atribuições previstas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.
(...)

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peça de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.

Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público ⁹⁴.

Foi com o argumento supracitado que a Ministra Ellen Gracie convenceu, por unanimidade, a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, conforme o extrato da ata a seguir exposto:

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Graus. 2º Turma, 10.03.2009. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Graus.

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 96.276 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 Divulgação02-04-2009 Publicação 03-04-2009 Ementa Volume-02355-04 PP-00674, p. 5 – 7.

Assim, conforme visto no extrato desta ementa supracitada a Ministra Relatora Ellen Gracie e os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa se filiam a corrente que defende a legalidade e a constitucionalidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público de forma direta.

Entretanto, no Supremo Tribunal Federal a temática em tela também encontra defensores que entendem por sua inconstitucionalidade. Exemplo disso é o Ministro Marco Aurélio, relator do inquérito nº1968, que em seu voto pronuncia a impossibilidade de o Ministério Público realizar investigações na seara criminal, pois em seu entendimento o *Parquet* não pode investigar e ser parte na ação penal. Ademais, no Informativo nº 325 do Supremo Tribunal Federal consta este posicionamento:

O Ministro Marco Aurélio, relator, considerando que os elementos que serviram de base à denúncia provêm exclusivamente de dados obtidos em investigação criminal realizada pelo Ministério Público, proferiu voto no sentido de rejeitar a denúncia, por entender que o Ministério Público, embora titular da ação penal, não possui competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas de requisitá-las à autoridade policial competente, no que acompanhado pelo Ministro Nelson Jobim.⁹⁵

Ainda na análise do inquérito nº 1968, o Ministro Gilmar Mendes não chegou a proferir o seu voto, mas pelas discussões realizadas em plenário, mais precisamente envolta da falta de dispositivo legal que regulamente a atividade investigatória do *Parquet*, é possível dizer que se coliga a corrente da impossibilidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público:

O Sr. Ministro Nelson Jobim (presidente) – Senhor Ministro Eros Grau, uma questão me preocupa em relação ao conteúdo do seu voto: o inquérito policial tem tempo para encerrar. Como ficaria a investigação feita pelo Ministério

⁹⁵ STF. **Informativo 325**. Em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo325.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2010.

Público que não se constituísse num inquérito policial? Poderia ficar sem uma marcação de tempo, com o cidadão sujeito a uma série de interpelações, ou coisa desse tipo?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes- E quais são as regras?

O Sr. Ministro Eros Grau – Mas aquele exemplo não serve. Agora, acho que hoje há um vazio. Não tenho dúvida de que há um vazio. Há inclusive outros vazios. Em alguns estados-membros não existe aquela lei do controle da atividade policial pelo Ministério Público. O Ministério Público tem o dever, não a faculdade, de cuidar disso. De fato, efetivamente, com relação a vários aspectos, há um vazio. Mas parece-me que, para impedir isso que Vossa Excelência refere, nesse vazio, caberia ao chefe da Procuradoria fixar o prazo para conclusão, No caso de inquérito já há prazo. Mas, na hipótese do vazio legislativo, essas seriam regras que haveriam de ser postas pela própria instituição- aquela instituição que, diria, tem a presunção de que o fará de modo adequado à ordem constitucional, até porque a ela incumbe o controle do inquérito administrativo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes – No Estado de Direito não se faz nada sem lei. A questão é perguntar qual a lei que baliza esse tipo de ação, quer dizer, norma de organização e procedimento.⁹⁶

Observa-se no debate supracitado que o Ministro Gilmar Mendes alia-se a corrente que entende pela inconstitucionalidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público, sob o argumento de inexistência de previsão legal.

O Ministro Carlos Ayres de Brito, no inquérito nº 1968, defendeu o posicionamento de que o *Parquet* tem competência para realizar as investigações criminais, pois esta atividade é inerente a sua natureza de *custus legis*, *in verbis*:

Investigar fatos, documentos e pessoas, assim, é de natureza do Ministério Público. É o seu modo de estar em permanente atuação de *custus legis* ou de defesa da lei. De *custus iuris* ou de defesa do Direito. Seja para lavrar um parecer, seja para oferecer a denúncia, ou não oferecer, ou seja, ainda para pedir até mesmo a absolvição de quem já foi denunciado.

Privar o Ministério Público dessa peculiaríssima atividade de defensor do direito e promotor da justiça é apartá-lo de si mesmo. É desnaturá-lo. Desubstanciá-lo

⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito nº1968. Relator: Ministro Marco Aurélio, Plenário, Ata de julgamento nº 06 de 01 de março de 2007, DJe 50 de 14 de março de 2007.

até não restar pedra sobre pedra ou, pior ainda, reduzi-lo à infamante condição de bobo da Corte.⁹⁷

O novo Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, já se pronunciou quanto à temática em epígrafe, não como ministro, mas sim como Advogado-Geral da União em um parecer na ação direta de inconstitucionalidade nº 4271-8. Neste parecer, Dias Toffoli entende que a teoria dos poderes implícitos não deve ser aplicada a temática em tela, pois a literalidade dos dispositivos constitucionais não permite a interpretação que é dada pela corrente que defende a legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público, conforme se observa nos trechos de seu parecer:

Tais considerações afiguram-se pertinentes a fim de demonstrar o desacerto da interpretação que pretende atribuir ao Ministério Público o poder de realizar investigações criminais a pretexto de exercer esta atividade como um poder implícito. Ora, partindo-se do limite interpretativo imposto pela literalidade do texto dos citados arts. 129 e 144 da Carta Maior, revela-se evidente que não se pode considerar implícita uma competência quando Constituição a outorgou – de modo explícito – a outro órgão.

Noutras palavras, o que se pretende afirmar é que não é lícito sustentar a prevalência da tese segundo a qual “quem pode mais, pode o menos”, em um campo em que o Constituinte declarou a sua vontade e consignou, diretamente a outro órgão, atribuição que o Ministério Público pretende ver englobada.⁹⁸

Outro posicionamento elencado pelo Ministro Dias Toffoli é que a investigação criminal direta pelo Ministério Público prejudica a garantia do devido processo legal, uma vez que se o *Parquet* proceder tal investigação não haveria qualquer controle por parte de outros órgãos públicos, pois as investigações ficam isentas de fiscalizações em sua estrutura administrativa e são sigilosas, conforme se observa a seguir em trechos de seu parecer:

Afigura-se pertinente destacar que são funções do Ministério Público o controle e a fiscalização da atividade policial, não se apresentando legítimo que esse

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito nº1968. Relator: Ministro Marco Aurélio, Plenário, Ata de julgamento nº 06 de 01 de março de 2007, DJe 50 de 14 de março de 2007.

⁹⁸ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer na ADI nº 4.271-8**, 18 de agosto de 2009.

órgão controlador assuma as atribuições do órgão controlado a fim de realizá-las. Neste caso, a atividade ministerial estaria a salvo de qualquer controle externo, o que não se compactua com a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Acresça-se, nessa perspectiva, que a atividade de investigação criminal, materializada – na maioria das vezes – pelo inquérito policial, é sigilosa. A propósito, confira-se o texto do art. 20, do Código de Processo Penal: “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”

Desse modo, a partir do momento em que o Ministério Público se utiliza de sua estrutura e garantias institucionais a fim de realizar – de modo direito-investigações criminais, atua em sigilo e isento de fiscalização em sua estrutura administrativa. A Carta Maior organizou a atividade de persecução criminal dotando a polícia de atribuição para a colheita previa de elementos probatórios, sempre sob os olhares atentos do Ministério Público, a fim de que este possa avaliar – na qualidade de defensor da ordem jurídica – se é o caso ou não de deflagrar a ação penal cabível. Os mecanismos de controle da atividade de investigação criminal previstos pela Constituição serão, pois, simplesmente descartados se o *Parquet* realizar, diretamente, esse mister.

Dessa maneira, diante do sigilo ínsito e necessário às investigações, bem como da ausência de controle sobre elas, é lícito afirmar que, caso conduzidas pelos órgãos ministeriais, não haverá mecanismos extrajudiciais, v.g., para se aferir se os prazos estão sendo cumpridos (CPP, art. 10).

(...)

Assim sendo, deve-se ter por ilegítimo qualquer procedimento investigatório criminal realizado diretamente por órgão ministerial público, uma vez que tal atividade ocorrerá em sigilo e sem qualquer controle de outros órgão públicos, abalando, diretamente, a garantia do *due process of law*.⁹⁹

Ainda no estudo dos posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é importante salientar que o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia ainda não se pronunciaram sobre a temática dessa monografia, seja proferindo voto ou acompanhando voto de ministro relator, por isso não é possível inferir a qual corrente eles se filiaram.

Observado os posicionamentos de cada Ministro do Supremo Tribunal Federal, o próximo capítulo será dedicado a produção de um prognóstico sobre a temática com o escopo de antever qual será o entendimento do Plenário da Suprema Corte no julgamento de mérito da questão envolvendo a investigação criminal direta pelo Ministério Público. Em seguida, serão

⁹⁹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer na ADI nº 4.271-8**, 18 de agosto de 2009.

abordadas as principais consequências advindas do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, se de acordo com o prognóstico realizado.

3 PROGNÓSTICO DO TEMA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS REPERCUSSÕES

Neste capítulo serão analisados os posicionamentos de todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgamentos esparsos, de forma a possibilitar a produção de um prognóstico para antever qual será o entendimento do Plenário desta Suprema Corte quando a temática desta monografia entrar em sua pauta de julgamento.

Como é notório, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, com fulcro no artigo 101 da Constituição Federal. Destes onze Ministros, nove já se pronunciaram acerca da possibilidade ou não das investigações criminais pelo Ministério Público de forma direta. Assim, como evidenciado nos julgamentos esparsos acima coligidos é possível inferir que o posicionamento desta Suprema Corte, quanto ao plenário, tende a adotar a legalidade e a constitucionalidade da matéria, pois seis Ministros filiam-se a esta corrente: Ministro Cezar Peluso; Celso de Mello; Ellen Graice; Joaquim Barbosa; Eros Grau e Carlos Britto. Enquanto somente três ministros discordam da tese que viabiliza a investigação criminal direta pelo Ministério Público que são: Ministro Marco Aurélio; Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Assim, em tese, mesmo que o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia filiem-se a inconstitucionalidade da temática em tela, o posicionamento majoritário desta Egrégia Corte será a favor da investigação criminal pelo *Parquet*, pois serão seis votos a favor e cinco contrários.

É importante salientar neste momento que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.271, a composição do plenário sofrerá alteração, pois segundo o artigo 97 da Constituição Federal – Cláusula de reserva de plenário – o Ministro Dias Toffoli não poderá pronunciar o seu entendimento quanto à temática em tela por estar suspeito, ou seja, já se pronunciara sobre o tema enquanto Advogado-Geral da União.

Ademais, o entendimento do Ministro Dias Toffoli pode ser alterado, uma vez que é inerente ao Advogado-Geral da União, segundo versa o artigo 103, §3º da Constituição Federal, fazer a defesa incondicional do ato ou texto impugnado, *ipsis litteris*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Assim, o Ministro Dias Toffoli, enquanto era Advogado-Geral da União, esteve fiel ao estrito cumprimento do dever legal, de forma que defendeu a inconstitucionalidade do dispositivo de acordo o *munus* constitucional que lhe é imputado. Este posicionamento já encontra-se sedimentado nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, oposto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor *legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de suas presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de

frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República ¹⁰⁰.

Atuando como verdadeiro curador da norma infraconstitucional – defensor *legis* – e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade no âmbito do sistema jurídico, não cabe ao Advogado-Geral da União ostentar posição processual a ela contrária, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Nem se diga, finalmente, que, por ser de origem estadual a norma ora impugnada, não assistiria ao Advogado-Geral da União o encargo de defender-lhe a validade e integridade jurídicas ¹⁰¹.

Destarte, em plenário, ter-se-á o máximo de dez votos, de forma que, se os ministros permanecerem com os entendimentos ora apresentados, o julgamento plenário será pela constitucionalidade da interpretação que viabiliza a investigação criminal direta pelo Ministério Público.

3.1 Argumentos levantados pelos Ministros do STF e uma breve comparação com a doutrina pátria

Neste tópico ir-se-á expor todos os argumentos levantados pelos Ministros do STF e fazer uma breve comparação com a doutrina pátria, de modo a deixar mais evidente qual o posicionamento deve prevalecer nesta temática em tela, ou seja, se o Ministério Público tem ou não legitimidade para realizar diretamente as suas investigações criminais.

Para deixar a exposição dos entendimentos de forma mais didática, dividir-se-á os argumentos em favoráveis e contrários.

Os argumentos contrários, que são o entendimento dos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, se consubstanciam: (i) na falta de dispositivos legais que

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.254 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/1996, DJ 19-09-1997 PP-45530 Ementa Volume-01883-01 PP-00112.

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.350, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2005, DJ 01-12-2006 PP-00065 Ementa Volume-02258-01 PP-00051 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 28-40.

regulamente a atividade investigatória do Ministério Público; (ii) na teoria dos eventuais poderes implícitos do *Parquet*, que cede diante da interpretação literal do dispositivo constitucional exposto no art. 144; (iii) na ofensa ao princípio do “*due process of law*”, pois a investigação ministerial se dá em sigilo e está isenta de fiscalização em sua estrutura administrativa.

A tese de ausência de dispositivos legais que regulamente a atividade investigatória do *Parquet* encontra respaldo na doutrina conforme já exposto no item 1.1.1.1 desta monografia, ou seja, a corrente que defende a impossibilidade de investigação criminal entende que não há em nosso ordenamento jurídico qualquer dispositivo que permita ao Ministério Público promover procedimento supramencionado, pois esta é uma função a ser exercida única e exclusivamente pelas polícias civis e federais, com fulcro no artigo 144 da Constituição Federal.

Quanto à teoria de eventuais poderes implícitos do *Parquet* ceder diante da literalidade do artigo 144, esta também encontra subsídios na doutrina, uma vez que entendem que a interpretação a ser dada ao dispositivo legal em comento deve-se balizar à luz da literalidade da norma, de forma que a teoria dos poderes implícitos não teria eficácia nesta seara, *in verbis*:

As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas. A esse propósito, já decidiu o Tribunal Federal alemão: “Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo

da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial”¹⁰².

Corroborando ainda mais com a tese em comento é imperioso ressaltar o magistério de Luis Guilherme Vieira:

Não é pelo fato de o Ministério Público poder o mais (controle externo das atividades da polícia judiciária e legitimidade ativa para promover os processos de natureza penal pública) que o legislador, implicitamente (“teoria dos poderes implícitos”), lhes conferiu poder o menos (investigar crimes), em virtude de limitações legais (explícitas limitações àqueles argumentos sofistas). São singelas regras, demarcadas por claras linhas divisórias, que oxigenada. Nos Países democráticos, cada cidadão exerce sua missão na sociedade, com independência funcional, mas dentro dos hígidos parâmetros constitucionais e legais, não se permitindo que um invada as funções de outro. Devem, todos, sim trabalhar como um time, com vistas a atingir o fim almejado: salvaguardar o Estado de Direito Democrático¹⁰³.

Por fim, o último argumento evidenciado por essa corrente é a ofensa ao princípio do devido processo legal, pois entendem que a investigação ministerial é lastreada por sigilo e isenta de fiscalização em sua estrutura administrativa, que encontra respaldo na doutrina, como já exposto no item 1.1.1.2.1, mais precisamente no magistério de René Ariel Dotti que afirma existir violação ao princípio do devido processo legal em razão da ausência de previsão legal que legitime e regule a investigação criminal pelo *Parquet*.

Expostos os argumentos elencados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal aliados à corrente contrária da investigação criminal direta pelo *Parquet*, ir-se-á, neste momento, fazer referência aos argumentos favoráveis expostos nos julgamentos esparsos elencados no capítulo 2 desta monografia e demonstrar que estão em plena conformidade com a doutrina nacional.

¹⁰² BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p 122.

¹⁰³ VIEIRA, Luis Guilherme. **O Ministério Público e a investigação criminal**. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, jan-fev de 2004. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 234.

Os principais argumentos elencados pelos Ministros que são favoráveis ao poder investigatório do *Parquet* são: (i) os dispositivos constitucionais, art. 129 e 144, devem ser interpretados de forma harmônica; (ii) a aplicação da teoria dos poderes implícitos ao art. 129, da Constituição Federal; (iii) o poder investigatório criminal do Ministério Público é atividade inerente a sua natureza de *custus legis*.

Esses argumentos supramencionados estão em plena consonância com os aludidos pela doutrina pátria, conforme já exposto nos itens 1.1.3.1 e no 1.1.3.2 deste trabalho.

Escoreitos são os entendimentos desta parte da doutrina e da jurisprudência, pois detêm de maior racionalidade jurídica, de forma que todos os argumentos tratados pela corrente contrária ao poder investigatório do *Parquet* são rebatidos de forma lógica ao longo de todo o capítulo 1 desta monografia.

Assim, como o prognóstico tratado no tópico anterior é a favor do poder investigatório criminal do Ministério Público, ir-se-á analisar a seguir quais seriam as principais consequências decorrentes deste entendimento.

3.2 Principais consequências decorrentes do entendimento favorável do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do poder investigatório direto do Ministério Público

Os principais questionamentos que surgirão se a decisão plenária for favorável ao poder investigatório criminal do *Parquet* serão: Existe regulamentação do poder que está sendo reconhecido ao Ministério Público? As regras do Código de Processo Penal a respeito de Inquérito Policial se aplicam à investigação ministerial?

Atualmente, existe regulamentação do poder investigatório criminal do Ministério Público. O Conselho Nacional do Ministério Público, no dia 02 de outubro de 2006, aprovou a Resolução nº13, visando regulamentar o procedimento investigatório criminal do *Parquet*, por avistar a necessidade da criação de mecanismos de controle sobre os seus atos investigatórios.

Ao tratar da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público é importante ressaltar que este instrumento normativo tem o escopo de estabelecer uma uniformização nos procedimentos investigatórios da instituição e não tem o condão de conferir o poder investigatório, como muitos doutrinadores filiados à corrente contrária pensam, pois este poder deriva da interpretação do art. 129, da Constituição Federal, à luz da teoria dos poderes implícitos e não propriamente da Resolução em comento.

Portanto, a constitucionalidade da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público é reconhecida, pois esta resolução, como dito anteriormente, não cria direitos nem obrigações por decorrer diretamente dos dispositivos constitucionais. Assim, cumpre a sua atribuição de resolução, que é regulamentar a investigação criminal direta pelo *Parquet*, conforme asseveram Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clemerson Merlin Clève:

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e

nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional.¹⁰⁴

Visto isso, há que se destacar que a Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público é plenamente apta a regulamentar a investigação criminal do *Parquet*, pois está de acordo com o dispositivo constitucional que lhe dá competência para a expedição de atos regulamentares, *ipsis litteris*:

Art. 130 – A. (...)
(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;¹⁰⁵

Superada a problemática da regulamentação do poder investigatório ministerial, observará se as regras do Código de Processo Penal a respeito de Inquérito Policial aplicam-se à investigação ministerial.

Primeiramente, há que se observar que os procedimentos investigatórios criminais do *Parquet*, previstos na Resolução 13 do CNMP, estão em plena consonância com o art. 3º do CPP, isto é, por analogia, os procedimentos investigatórios criminais estão em conformidade com as regras aplicáveis à investigação criminal realizada pela polícia judiciária, ou seja, observam os mesmo requisitos exigidos para a instauração dos inquéritos policiais, para a

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF>. Acesso em: 30 abri. 2010.

¹⁰⁵ BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 1988.

realização de determinados atos de apuração e a forma como se dará a publicidade ou segredo da investigação.¹⁰⁶

Ademais, a Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 17, deixa evidente esta consonância com o Código de Processo Penal, e vai além, quando expõe que o procedimento investigatório criminal respeita os direitos e garantias individuais presente no texto constitucional, isto é, os alicerces de um Estado Democrático de Direito, *ipsis litteris*:

Art. 17 No procedimento investigatório criminal serão observados os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, aplicando-se no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente.¹⁰⁷

Visto isso, outro aspecto importante a ser analisado é quanto à obrigatoriedade de iniciar o procedimento investigatório criminal. O Código de Processo Penal, em seu artigo 6º, aduz que a autoridade policial tendo o conhecimento da prática da infração penal deverá proceder às providências elencadas nos incisos do artigo em comento. Portanto, observa-se que existe uma obrigatoriedade de procedimentos a ser tomada pela autoridade policial na apuração da infração penal ocorrida.

Assim, conforme entendimento de Mauro Fonseca de Andrade, o artigo 6º trata-se de uma norma cogente, pois foi direcionado exclusivamente a atuação da autoridade policial no conhecimento de uma infração penal, de forma que, o Código de Processo Penal não traz nenhum dispositivo tratando sobre os procedimentos das outras autoridades elencadas no

¹⁰⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2ª edição. Curitiba:Juruá, 2006. p. 141.

¹⁰⁷ BRASIL. **Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público**, de 02 de outubro de 2006.

parágrafo único do art. 4º quando do conhecimento da prática de uma infração penal. Visto isso, os procedimentos do art. 6º não podem ser estendidos às demais autoridades que têm legitimidade para dar início a investigações penais ¹⁰⁸.

Portanto, o Ministério Público não está vinculado à obrigatoriedade imputada à polícia judiciária de iniciar o procedimento investigatório criminal, estando, assim, em plena consonância com o Código de Processo de Penal, pois é expresso no art. 3º da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público que a instauração de ofício da investigação criminal do *Parquet*, quando do conhecimento da infração penal por qualquer meio, é discricionária por força do termo “poderá”, *ipsis litteris*:

Art. 3º O procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação.¹⁰⁹

Por conseguinte, a instauração do procedimento investigatório criminal é discricionária, ou seja, o membro do *Parquet* analisa os critérios de conveniência e oportunidade para a instauração desse procedimento. Destarte, é plenamente possível que a polícia judiciária e o Ministério Público investiguem a mesma infração penal, por intermédio de seus respectivos procedimentos. Caso correlato acontece em outras investigações paralelas, como por exemplo, as investigações realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

A principal repercussão gerada quando ocorre duplicidade de investigação é o ferimento do princípio da eficiência, pois dois órgãos realizando investigações distintas, sobre um

¹⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006. p. 256.

¹⁰⁹ BRASIL. **Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público**, de 02 de outubro de 2006.

mesmo fato delituoso, geram um custo extraordinário ao erário público, muito maior do que se somente um investigasse.

Para evitar a ocorrência dessa possibilidade, devido à discricionariedade de instauração da investigação criminal que o *Parquet* detém, o Ministro Celso de Mello se posiciona no entendimento de que o procedimento investigatório criminal deve ser realizado de forma subsidiária ao inquérito policial e observando algumas hipóteses, *in verbis*:

Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do “*Parquet*”, em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público, como na espécie, ou , então excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade de vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal.¹¹⁰

Nesse diapasão, encontra-se o magistério de Mauro Fonseca de Andrade, o qual afirma que o procedimento investigatório criminal deve-se balizar pelo princípio da subsidiariedade, pois a realidade fática vivida pelo Ministério Público não detém de estrutura logística e muito menos de pessoal para uma investigação criminal de todos os fatos criminosos que cheguem ao seu conhecimento. Dito isto, a atenção dos membros do *Parquet* deve estar voltada aos fatos dos quais costumeiramente não são objeto de atenção da polícia judiciária,

¹¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 90.099, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 Publicação 04-12-2009 Ementa Volume-02385-03 PP-00472

exemplos: corrupção de policiais, de políticos, de autoridades, e crimes contra a ordem tributária.¹¹¹

Na atual conjuntura, está vigente no ordenamento jurídico pátrio, especialmente à luz da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que o procedimento investigatório criminal não está vinculado ao princípio da subsidiariedade, de forma que a instauração das investigações criminais do *Parquet* depende da análise discricionária e do conhecimento da *notitia criminis*, em qualquer de suas espécies, ou seja, espontânea, provocada, coercitiva ou inqualificada.

A discricionariedade da investigação criminal do *Parquet* é constitucional, pois encontra analogia no poder investigatório criminal de outros órgãos, visto que estes também têm o poder discricionário de instaurar um procedimento investigatório criminal analisando requisitos de oportunidade e conveniência do interesse público.

Ademais, antes e depois da regulamentação, advinda da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, o poder investigatório criminal do *Parquet* sempre foi discricionário. Antes, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso, o Ministério Público tinha o poder discricionário adotar procedimentos distintos, quais sejam, requisitar a instauração de inquérito policial, requisitar a prática de diligências investigatórias no regular andamento do inquérito policial, ou ainda instaurar seu próprio procedimento investigatório denominado de sindicância. Com o advento da resolução em comento, a investigação criminal é norteadada pelo critério da discricionariedade, pois seu artigo 3º afirma que

¹¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2ª edição. Curitiba:Juruá, 2006. p. 252 - 256.

o procedimento investigatório poderá ser instaurado de ofício, portanto, o termo “poderá” confere discricionariedade ao poder investigatório do *Parquet*.

Contudo, no futuro, é possível que por construção jurisprudencial e doutrinária sejam atribuídos à investigação criminal do *Parquet* aspectos de subsidiariedade ao Inquérito Policial.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, ao final dessa monografia conclui-se pela possibilidade do poder investigatório criminal ao Ministério Público, de forma direta, visto que inexiste a exclusividade da polícia judiciária na apuração de crimes, bem como que a concessão desse poder é inerente ao poder de acusação do *Parquet*.

Assim, a exclusividade da polícia judiciária sob a investigação criminal cai por terra quando o ordenamento jurídico pátrio concede este poder a outros órgãos, como exemplo: as Comissões Parlamentares de Inquérito; a Receita Federal, na apuração de crimes tributários; O Instituto Nacional de Seguridade Social, nos crimes previdenciários; e Banco Central, nos crimes contra o sistema financeiro e gestão fraudulenta. Ademais, não se encontra no texto constitucional qualquer vedação explícita, e nem mesmo implícita, contra a investigação criminal direta pelo Ministério Público.

É de suma importância ressaltar que não se defende nesta monografia que o inquérito policial seja presidido pelo *Parquet*, pois isto é atividade exclusiva da polícia judiciária, se não fosse, não haveria o porquê de nomear esse procedimento de inquérito policial, entendimento já pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com fulcro no HC 90.099/RS.

O Ministério Público não necessita do instrumento investigatório denominado inquérito policial para embasar as suas ações penais, de forma que detendo os requisitos de

evidências de materialidade do fato delituoso e indícios de autoria, torna-se apto a promoção da ação penal.

Ademais, com uma interpretação à luz da teoria dos poderes implícitos, a Constituição Federal concede o poder investigatório criminal, não de forma expressa, mas sim de forma implícita, quando afirma que o Ministério Público detém o poder de promover a ação penal. Por óbvio, há o reconhecimento, ainda que implicitamente, dos meios destinados a viabilizar que as suas atribuições sejam realizadas de forma mais efetiva, ou seja, se o *Parquet* pode ordenar que a polícia judiciária proceda as diligências investigatórias, ele também pode realizá-las a *motu proprio*, afinal, quem pode o mais pode o menos.

Como observado ao longo dessa monografia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à temática em tela oscila, de forma que os Ministros entendem ora pelo reconhecimento do poder investigatório ao *Parquet* e ora pelo não reconhecimento.

Assim, diante da nova composição do Supremo Tribunal Federal, ou seja, com a substituição do Ministro Menezes Direito pelo Ministro Dias Toffoli é que foi produzido um prognóstico com o escopo de analisar qual o entendimento que está prevalecendo nesta Suprema Corte. Este prognóstico foi realizado através dos votos proferidos pelos Ministros nos mais modernos julgamentos esparsos e chegando a conclusão de que o entendimento do Plenário tem grandes possibilidades de ser favorável ao reconhecimento do poder investigatório realizado pelo Ministério Público. Isso porque, embora dois Ministros ainda não tenham se pronunciado – Ministro Ricardo Lewandowski e Ministra Cármen Lúcia – seis Ministros são favoráveis ao reconhecimento do poder investigatório pelo *Parquet* – Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello,

Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Eros Graus e Carlos Brito – e apenas três mantêm entendimento em sentido contrário – Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Contudo, é importante ressaltar que o entendimento do Ministro Dias Toffoli foi exarado quando este ainda era Advogado Geral da União, motivo pelo qual torna-o impedido no julgamento plenário que tratar do mérito da investigação criminal direta pelo Ministério Público.

Visto isso, a tendência no julgamento da temática em tela no Plenário do Supremo Tribunal Federal será pela concessão do poder investigatório criminal ao *Parquet*, isto é, se esta composição permanecer até o julgamento do mérito.

Assim, se esta tendência for ratificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quem ganhará não será somente o Ministério Público, mas sim a sociedade, de forma que, em se tratando de segurança pública terá mais um órgão competente a investigar criminalmente, o que trará a sociedade mais segurança e principalmente menos impunidade nos julgamentos criminais.

A Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público é constitucional, pois tem a atribuição de regulamentar o poder investigatório criminal do *Parquet* e não criar o direito à investigação criminal, pois este direito já encontra-se concedido ao Ministério Público através da interpretação do artigo 129 da Constituição Federal à luz da teoria dos poderes implícitos.

As principais consequências advindas do entendimento favorável no Plenário do STF é a discricionariedade na instauração do procedimento investigatório criminal do Ministério Público, a observância dos direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Federal, e a aplicação das normas do Código de Processo Penal e legislação especial pertinente à investigação criminal realizada diretamente pelo *Parquet*.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer na ADI nº 4.271-8**, 18 de agosto de 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**, 7 de dezembro de 1.940.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 13 de julho de 1.990.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**, 1º de outubro de 2.003.

BRASIL, **Lei Complementar nº. 75**, 20 de maio de 2.003.

BRASIL. **Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público**, de 02 de outubro de 2006.

CALVANO, Alberto. **O monopólio investigatório na Constituição de 1988**. Disponível em: <www.policiacivil.rj.gov.br/corregedoria/pareceres_corregedoria/monopolio.htm>. Acesso em 06.01.2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., 2002.

CORTIZO SOBRINHO, Raymundo. **Novo enfoque sobre a inconstitucionalidade da investigação criminal do Ministério Público**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 09.11.2009.

DOTTI, René Ariel. **O Desafio da Investigação Criminal**. Boletim IBCCrim. São Paulo, maio de 2004. A.12, n.138.

FRAGOSO, José Carlos. **São ilegais os “Procedimentos Investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Jan./Mar. 2002, a 10, n. 37.

GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. **Investigação Direta pelo Ministério Público, Incompatibilidade com o Processo Penal**. Editora Letra Legal, Rio de Janeiro, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HAMILTON Sérgio Demoro. **Temas de processo penal**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.254 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/1996, DJ 19-09-1997 PP-45530 Ementa Volume-01883-01 PP-00112.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.350, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2005, DJ 01-12-2006 PP-00065 Ementa Volume-02258-01 PP-00051 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 28-40.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 91.661, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 Divulgação 02-04-2009 Publicação 03-04-2009 Ementa Volume-02355-02 PP-00279.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 77.770, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 07/12/1998, DJ 03-03-2000 PP-00062 Ementa Volume-01981-04 PP-00670.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 94.173, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 Divulgação 26-11-2009 Publicação 27-11-2009 Ementa Volume-02384-02 PP-00336.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 90.099, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 Divulgação 03-12-2009 Publicação 04-12-2009 Ementa Volume-02385-03 PP-00472.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 87.610, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 Divulgação 03-12-2009 Publicação 04-12-2009 Ementa Volume-02385-02 PP-00387.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 96.276 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 Divulgação 02-04-2009 Publicação 03-04-2009 Ementa Volume-02355-04 PP-00674.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 81.326, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 06/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00142 Ementa Volume-02117-42 PP-08973.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito nº1968. Relator: Ministro Marco Aurélio, Plenário, Ata de julgamento nº 06 de 01 de março de 2007, DJe 50 de 14 de março de 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Poderes investigatórios do Ministério Público**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>. Acesso em: 07.10.2009.

KAC ,Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRABETI, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2.001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. **O Ministério Público e o Inquérito Policial**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, jun./set. 1997, n. 19.

MOREIRA, Rômulo Andrade. **O mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal e a investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12453>>, Acesso em 13.10.2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A Investigação Criminal e a Atuação do Ministério Público**. Universitária: Revista do curso de mestrado em direito - v.4 n.1 jul. / 2004

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Editora Lumen juris, Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; Araújo, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. **A investigação criminal direta pelo Ministério Público**. Boletim IBCCrim, Jurisprudência Comentada. São Paulo, mai. 1998, n. 66.

SOUSA, Cláudio Calo. “Estatuto do Idoso”, **o Poder investigatório do Parquet e o conceito de infração Penal de Menor Potencial Ofensivo (Brevíssimas Considerações)**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, 2005, v. 8, n.29, p. 288-289.

SOUZA, Zani Cajueiro Tobias de. **O papel do Ministério Público na investigação criminal**. Disponível em: [HTTP://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm](http://www.prmg.mpf.gov.br/producao/prod_geral.htm). Acesso em: 05/10/2009.

VIEIRA, Luis Guilherme. **O Ministério Público e a Investigação Criminal**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2004, n. 15.

VIEIRA, Luis Guilherme. **O Ministério Público e a investigação criminal**. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, jan-fev de 2004. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.